
私法自治及其限制

米·科斯特

本文是作者 1994 年 9 月向南京大学法学院师生所作的学术报告。作者认为，私法自治是法治国家社会和法律秩序中一项重要的构成因素，它建立在市场经济和个人自决的基础之上。私法自治并不是脱离法律的自由和个人欲望的无限满足，而是赋予社会成员在法律制度的范围内按自己的意愿形成相互之间关系的权力。为了保证私法自治的实现，法律制度一方面以规定类型强制和形式强制的方式对私法自治予以限制，另一方面还通过制定强制法以及适用《德国民法典》的有关一般条款对具体案件的结果进行干预。

米·科斯特 (Prof. Dr. Michael Coester): 德国慕尼黑大学法律系教授。

Der Beitrag, den der Autor im September 1994 vor der juristischen Fakultät der Universität Nanjing vorgetragen hat, handelt von der Privatautonomie und deren Grenzen. Der Autor meint, Privatautonomie als ein gesellschaftlich — ökonomisches Ordnungskonzept sei ein wichtiges Gestaltungsinstrument des modernen Rechtsstaates. Sie beruhe auf der Basis der Marktwirtschaft und der individuellen Selbstbestimmung. Privatautonomie bedeute jedoch nicht Freiheit vom Recht oder etwa unbeschränkte individuelle Willkür; vielmehr sei sie nur eine den einzelnen Gesellschaftsmitgliedern verliehene Rechtsmacht, im Rahmen der Rechtsordnung nach ihrem eigenen Willen ihre Verhältnisse zueinander zu regeln. Um die Realisierung der Privatautonomie zu gewährleisten, setze die Rechtsordnung ihr einerseits Grenzen, z. B. durch den Typen- und Formzwang, andererseits greife die Rechtsordnung auch durch zwingendes Recht sowie durch die Generalklauseln des BGB im Einzelfall ein.

引 言

私法自治是指一种社会的、经济的规则体系，在这个体系中，货物的分配、供给以及人与人之间的关系不是由国家或公共机关“自上而下”地进行调整的，而是由个人根据自己的意愿形成相互之间的经济关系和其他关系。尽管私法自治因此可以被视为脱离国家干预的自由领域，然而，它同时也是一种规范性的工具，在这个意义上，私法自治是构建一种“自上而下”的、通过无数私人之间的具体行为体现出来的规范性结构的手段。私法自治的优越性表现在以下几个方面：首先，私法自治能够协调在社会中存在的各种利益，这些利益也包括一部分在所有的合同和法律行为中体现出来的相互冲突的利益；其次，通过这种方式形成的体系，由于其更加符合实际，符合公平观念，由于法律后果由行为人自己负责，因而从大体上来说，它要比那种一切由上面支配，因此必然是官僚主义化和脱离市民的体系更为优越。

私法自治只能建立在私有制的基础上，因为，如果人们没有财产或不允许占有财产，那么人们也就不具有在经济上独立承担责任的能力。如果人们没有财产或不允许占有财产，那么人们也就不具备参与经济生活所必需的动机，即对赢利和富裕的追求。当然，从公众的角度出发，这种自私自利的个人动机，只有在其不侵害公众利益的时候才是值得鼓励的。在一个理想化的社会中，每个人都被设想为能为自己和公众的利益而尽同样多的力。但是在现实社会中，受人的天性使然，人却总是认为自己的利益比他人更为重要，也只有一定的利己主义才能激发起充分的工作效率。建立在私法自治之上的市场经济的明智之处就在于，它一方面承认了这种现实，另一方面又将追求盈利的个性有机地融入一个为公众谋利益的体系之中。在西方，人们经常引用中国的谚语，这里我想引用一次德国的谚语：“要想让牛承担艰苦的工作，就必须喂好上好的饲料。”也许这里还可以补充一句，全体人的艰苦劳动也必将促进整个社会的利益。

为了使上面描述的前景出现，而不致将私法自治混同于无序和专横，有必要讨论私法自治的法律构成及其限制。首先应该指出的是，私法自治一开始就不能和“法律调整的空白地带”相提并论。“私法自治，就其概念而

言，必须同整个法律制度联系起来作理解”，这句引语出自一本重要的德国民法教科书。⁽¹⁾他写这句话的意思是：只有那些法律制度为私人行为所规定的行为类型和方式，才在法律上具有效力；而私法自治的意志行为之所以有效，正是因为这种行为为法律制度所承认，并能够得到贯彻实施。在立法者方面，它无权同意或禁止私法自治；德国宪法规定，保证个人享有自决权是国家和社会的一块基石。⁽²⁾自决权，原则上也包括私法中的私法自治。不过，即使是宪法所保证的自由也只能在符合宪法制度的范围、不违背善良风俗和他人权利的前提下行使。

因此，私法自治也可以视为法律制度的构成因素，即对“何为法”这个问题，只能由法律制度来确定。法律制度既可以主动确定调整内容（权利范围），也可以仅仅承认其他一些由私人自主创设的权利（内容）具有法律效力。采取上述后一种作法的原因通常在于以下三个方面：第一，行为人具有越来越强的能力，能够在生活中为自己和他人之间的关系制定适当的规则；第二，人们以自治方式制定的规则被越来越多的人所接受。第三，有利于减轻国家在调整社会关系方面的负担。至于私法自治中的个人意志在个案中是否体现了正义意义上的“公正”观念，则毋需由立法者来过问了——当事人接受的，就是公正的。“自决”的程序，同时意味着法律毋须过问规则在实体上的正确性。

当然，上面的分析仅仅是一项原则而已。事实上，国家对保证私法自治发挥正常作用，对保护第三人和公众的利益以及对使私法自治制度更加适应一个广泛的法律体系，承担着完全的责任。这些方面，都是国家在法律上对私法自治进行限制的重要理由；在具体案件中，这些理由完全有可能共同发挥影响。

下面，我想对法律体系中调整和限制私法自治制度的几项具体原则作进一步探讨。

一、私法自治和类型强制

上面我谈到，私人意志，只有在符合法律制度所提供的行为类型和方式时，才能够具备法律上的约束力。合同法律制度，就是这些行为类型和方式的一种；合同是对双方当事人具有约束力的特殊制度，双方当事人可

以通过这个特殊的关系使得相互之间所达成的合意具有法律效力。或者,意思表示比合同具有更基本的意义;通过意思表示这个工具,个人可以向周围表达一个特定的法律行为意志,从而使内在的、始终处在不定状态的主观意愿和对外的、具有约束力的、不可变更的意志决定明确地区分开来。

尽管法律提供了某些特定的行为类型,但这并不就是对私法自治的限制,毋宁说,这是实现私法自治的一种可能性,因为行为类型的规定,并没有对私法自治的具体内容作任何预先规定。出于对第三人利益和一般规范利益的保护,立法者可以进一步缩小这方面的形成范围。在这里,一定法律部门中公共利益所占有的地位具有关键的意义。至少在债法中的情况就是这样的:尽管《德国民法典》规定了众多的合同类型(买卖合同,承揽合同,消费借贷合同等),但在原则上仍然承认所有混合形式的合同和私人“发明”的无名合同具有法律效力。在立法者看来,当事人在合同中所达成的合意,才是其承认合同效力的基础,而并不是在合同中体现出来的特定的内容。⁽³⁾这样,我们就不难理解,为什么在今天德国的经济生活中,一些在《德国民法典》中根本未作规定的合同形式却起着重要的作用,如租赁买卖合同(Leasingsvertrag)和自动售货机安装合同(Automatenaufstellungsvertrag)。

然而,物权和亲属法中的规定就与债法的规定大不一样。在物权法和亲属法中,为了保护大众的利益和法律交往中法律关系的明确性,法律规定物权法中只有几种有限的物上支配权(物权的数量限制),亲属法中只有少数几种夫妻共同财产制。公司法中的情况也很相似。公民只能按照法律规定的几种形式选择公司的法律形式。虽然立法者试图通过提供这些可供选择的几种形式,尽可能地满足各种创立人合组织的需要,但是如果这些公司形式仍然不能满足创立一个人合组织的特殊需要,那么创立者也没有自由自己创设一个新型的公司形式。要是人们享有这一自由,那么就会产生许多不稳定因素,尤其是在公司的代理以及责任关系方面会造成不稳定的结果,从而使法律交往,即不相关的第三人付出高昂的代价。

诚然,法律中规定的类型强制的效力正在逐渐减弱。因为法律允许当事人可以在一定范围内改变法律规定的类型,或对这些类型加以融合。例如夫妻双方约定财产共有制时作出约定,将双方婚前的个人财产确定为个人财产,使双方共有财产仅仅局限于双方在婚姻存续期间所取得的财产

(婚姻存续期间所取得的财产为双方共有的财产制度)。在公司法中,人合公司的法律形式,如无限责任公司,也可以吸收法人作为股东参加,因此,人合公司之中负无限责任的股东,也可以由一个负有限责任的资合公司来充任。这种公司形式,就是所谓的有限责任两合公司(GmbH & Co. KG)。

二、形式强制

私法自治也决定了当事人可以自由决定是否以及以何种形式来表明他们达成的合意。尽管如此,法律中也制定了强制性的形式规定,以限制当事人的这种决策自由。制定强制性的形式规定,在法律政策上主要是考虑到下列几个原因:首先,是为了保护公众和当事人的利益,强制性的形式规定具有明确合同条款和证明合同成立的效力;其次,通过特定的形式要求,可以警告那些轻率的和缺乏经验的当事人,使他们以谨慎的态度订立合同;最后,在订立重要的合同时,可以使当事人接受专业咨询。在具体情况下,这三项立法意图可以同时并存。例如,根据法律规定,以转移土地所有权为内容的买卖合同必须作成公证书。⁽⁴⁾这样规定,一方面是为了提醒出卖人对出卖土地的重要性加以注意,另一方面,公证律师可以就这种合同的公平成立以及法律后果向双方当事人作专业咨询。缔结婚姻也必须具备特定的形式,即要由户籍登记机关作成证书。这一形式要求同样也具有告知和警告的作用,其主要目的是为了证明双方缔结婚姻完全没有疑问。婚姻状况的明朗性,无论在私人生活中,还是在公众生活中都具有多方面的意义,因此婚姻的成立与否必须做到明确无疑。法律还规定保证人承担保证责任的表示必须具备书面形式。⁽⁵⁾这一规定主要是为了警告当事人不要从事轻率的行为。因此,在保证人是富有交易经验的当事人的情况下,这一强制性的形式规定可以不被遵守,因为对于商人而言,他们应尽的注意义务比一般的普通公民要更高些。⁽⁶⁾这种根据当事人所具备的经验多少对形式规定作不同的要求的情况还体现在另一个领域。在通常情形,如消费借贷合同和分期付款买卖合同等合同都毋需具备形式即可成立;但是在借款人或买受人是消费者,亦即他们会典型地作出轻率的举动,的情况下,这些合同就必须具备特定的形式,以保护消费者的利益(《消费者信贷法》第

三、对弱者的保护

这样，我们也就涉及到了另一个领域。在这个领域里，国家对私法自治的干预正在不断扩大和不断增强，即保护较弱的一方当事人不受对方当事人的剥削。《德国民法典》中的私法自治和合同自由建立在理想的观念之上，即双方当事人原则上具有相同的地位和知识，都具有自决的能力，并能够在谈判过程中充分考虑到不使任何一方的利益受到不合理的损失。从这一观念出发，人们逐渐形成了这样一种观念，即合同的订立同时能保障其“实体上的正确性”。人们认为，可以期待每一方当事人在兼顾己方利益的同时也能做出让步，以换取对方当事人对己方利益的相应满足，从而使双方的地位达到平衡。今天普遍认为，在当今社会，这样一个基本设想已在很大程度上并非正确。订立合同的双方当事人不仅仅在经济力量上，在经验、知识和对订立合同的依赖性上都存在着显著的差别；在某些法律领域，例如在劳动法和房屋租赁法中，双方当事人之间的这种不平衡性有时甚至是结构性的。在房屋租赁法领域，只要房屋供不应求的情况继续下去，这种结构性的不平衡就不会有什么改变。在现实社会的大众化消费品交易中，也存在着这种结构性的不平衡：一方面是缺乏经验和易受商品诱惑的消费者，另一方面是精明能干、处处为自己利益精打细算的经营者。

法律是通过两条途径来解决这种结构上的不平衡性的。首先，法律向个人提供了通过集体方式改变其劣势地位的可能性，如在劳动法中，所有雇员都团结在工会组织中，这样，工会作为一个集体以一方当事人的身份就可以和另一方即雇主之间在经济力量和经验上取得平衡。受《基本法》保护的劳资自治制度⁽⁶⁾就是基本建立在集体组织层次上的私法自治，只有在双方当事人各方面都比较平衡的条件下，自治的规则才能够发挥正常功能。

在另外一些领域，并不存在这样一个集体的利益代表组织。在这些领域，国家就只能通过制定强制性的保护条款，来限制私法自治的范围。如果不对私法自治加以限制，那么结构性的不平衡就会导致一方不合理地实现自己的利益。不难理解，为什么《德国民法典》的租赁法中具有许多保护承租人利益的强制性规定；专门保护消费者利益的法律规定还见之于一系列的民事单行法律中，以保护比较轻率的消费者免受精明的经营者的损

害。《一般交易条件法》^[9]旨在保护消费者免受一般交易条件的侵害。首先,一般交易条件必须经双方当事人一致同意才能纳入合同条款中。其次,法律和法院应当对一般交易条件的某些条款,作出比平时更为严格的监督。除此之外,《消费者信贷法》旨在防止消费者在借贷合同或分期付款买卖合同中轻率地承担长期支付义务。该法特别规定,“合同应具备严格的书面形式,消费者在订立合同后的特定的期间内,有权撤回意思表示。就最后这项规定而言,为了保护消费者的利益,“有约必守”这一古老的法律原则也被牺牲掉了。

四、对私法自治的一般限制

即使我们在上面提到的各种限制私法自治的理由不存在,也仍然应当将私人之间订立的合同放到整个法律和道德体系中进行认识。自由不能脱离法,而只能存在于法之中。这一原则在《德国民法典》第134条和第138条中得到了具体明确。第134条^[10]规定,私人之间订立的合同,如果违反公共秩序的禁止性条款,则无法律效力。这条规定似乎是理所当然的,但是我们仍然应该作出一些区分。违反禁止性条款的合同,只有在合同的无效性恰恰符合禁止性条款的目的和意义的情况下,才是无效的。比如,法律禁止从内国向境外出口文物,如果合同正是以文物出口为内容,那么合同显然是无效的。因为只有认定出卖人所承担的出口义务在法律上无效时,才能实现防止文物流入国外这一立法目的。与此相反,德国法律规定,所有商店都必须在晚上六点钟以前停止营业,而如果经营者在晚上七点售出一台收音机,那么我们就应该考虑到下列事实:德国的《商店关闭法》并非针对合同的内容,而是针对合同订立的时间。经营者违反该法的,并不能使他免于承担出卖收音机的义务。这就是说,收音机买卖合同是有效的,但应责令经营者支付罚金以作为制裁。

《德国民法典》第138条^[11]规定的善良风俗,对私法自治的限制更为重要。不过何为“善良风俗”,似难确定。以前,德国的社会生活受风俗习惯影响很大,而在今天德国这样一个多元化的、多文化的社会中,作为社会关系调整因素的“善良风俗”,在很大程度上已经失去了其往日的重要性。

当然这并不是说,《德国民法典》第138条私法自治的限制已经毫无意

义。司法判例往往把“善良风俗”表述为“一切具有公平理念者的礼仪感”，这一点基本上也适用于现代社会。至少人们一致认为，法律的任务，并不是仅仅承认体现了正义的思想或在道德上和伦理上体现了特别高尚的价值的合同才有法律效力。毋宁说，《德国民法典》第138条只具有消极的筛选功能，即在形形色色的合同内容中，只有那些在伦理上不能容忍的部分才不具有法律效力。换一句话说，法律并不要求私法自治的主体是一个好人，而只要求他是一个具有最低限度的伦理水平的人，其行为至少应该是正派的。

如何理解第138条的“善良风俗”呢？对此，学术文献和司法判决可谓汗牛充栋，不一而足。人们往往对本条的功能存有许多错误的看法。有人认为这是一条有关道德风俗秩序的规定，认为善良风俗是一种独立于法律制度之外，而存在于社会本身的规则，法律只是借用了这种规则而已。根据这一观点，法官只要解释道德规则就可以将其直接适用了。这样做的结果是：法律只要利用民意测验的结果，得出多数人的观点就可确定善良风俗的意义。现在人们普遍认为，这种观点会使人误入歧途。研究民意的人究竟该怎样在民众中挑选出具有“公平理念的人”呢？又怎样确定他们的观点？因此，司法判例在第138条的框架内，从未试图去寻找某种现实的社会规则。毋宁说，法官应当从个人的法律信念出发，来确定什么是合乎道德的，什么是不道德的。如果是这样，那么就不能将第138条理解为一种存在于法律之外的、独立的、有关道德风俗秩序的援引规范，而应理解为一条一般条款，作为一种委托，即委托法官在这个案中履行职责，判断在特定的时间条件和特定的社会环境下某项法律行为在伦理上可否容忍。法官适用法律，并不是在找出一条规范来适用，而是通过自己的法律信念自行形成法律规范。当然，这并不是说法官可凭个人好恶任意裁判。对“善良风俗”的援引，其意义在于，法官的判决应当以他所熟悉的社会价值观念和宪法价值为出发点，将第138条具体化，使其作出的判决结果能为大众所接受。如果法官单纯为了贯彻个人的价值观来判决，则他的行为将构成滥用职权。

可见，我们必须牢记，私法自治只能存在于社会中现存的法律信念所认为之适当的或者至少是可以容忍的界限之内；此外，我们也必须牢记，一个社会的法律信念随着时代的变更也在不断变化。在此试举两例。多年以

来,人们一直认为,如果一个已婚男子在遗嘱中不将其财产留给其合法的妻子,而是留给他的情人,那么,根据第 138 条规定,他的这种行为是违背善良风俗的,因而也是无效的。但是,自本世纪七十年代以来,在德国社会中,男女未婚同居得到了广泛的承认,已不再被视为违背善良风俗。基于此,已婚男子在遗嘱中将遗产留给情人的做法也并非违背善良风俗。第二个例子涉及到当今德国司法判例的最新发展。这种案件经常发生。银行向一个经营者提供一笔数额较大的贷款,要求借款人的配偶对合同承担保证责任或者连带责任。尽管其配偶根本就没有私人财产,但由于夫妻之间的特殊关系或者由于来自银行和其配偶的压力,被要求签字的配偶通常会在合同上签字同意,同时侥幸地认为他(或她)会及时还清贷款而免除其承担的责任。但情况经常正好相反,于是银行就对这些毫无私人财产的配偶提起诉讼,要求配偶偿还一笔数额高至其一生都无法还清的金钱。一直到不久之前,法院仍然根据私法自治的原则,支持银行的诉讼请求。法院认为,为他人债务承担保证责任是一个成年的、有自决能力的人的自由决定,因而他必须予以遵守;即使是冒着风险,不理智地作出承担高额债务的决定,也是属于私法自治的范畴;谁作出了决定,也就应该自己对后果负责。几个月以前,联邦最高法院修正了这个冷酷无情的判例。法院指出,借款人的配偶并不是在自由的状态下作出同意签字的决定的;来自于多方面的心理上的压力和本身的经验匮乏在这里起了很大作用;在另外一方面,银行要求借款人的配偶承担连带责任,并不存在合理的利益;责成配偶对一笔其一生都无法偿还的债务承担责任,构成了对宪法保证的自由的非法限制;这一点民事法院也应该认识到;象第 138 条这样的一般条款在一定程度上是包容宪法价值的“大门”。权衡双方的具体情况和利益,应该将银行要求借款人的配偶承担连带责任视为违背善良风俗,并认定其签字不具法律上的效力。

现在,民事法院已逐渐接受新的判例。从本质上来说,这一转变无非司法机关是在《德国民法典》第 138 条的框架内,为保护弱者和缺乏经验者的利益,而限制私法自治的具体实践。只是上面谈到的是成文法对私法自治的限制,而这里的却是法院对消费者利益的保护。

五、小 结

总而言之，私法自治是法律制度和社会秩序中一项不可或缺的构成因素，它是建立在市场经济和个人自决的基础上的。但是，私法自治并不意味着，自由可以脱离法律而存在，个人可以毫无顾忌地追求个人利益。私法自治只是赋予每一个社会成员在一般法律制度的范围内对自己的事务自行决策并自行承担责任的权力。如果私法自治的利益均衡功能因一方当事人的单方优势而不能正常发挥作用，那么法律就有责任进行干预。法律干预可以采用一般方法，如在特定的法律领域，如劳动法、房屋租赁法方面制定一般的法律规范；也可以对具体案情进行具体干预。在后者，国家干预是通过法院适用《德国民法典》第 138 条的一般条款来实现的。法院通过此种方式，既可以做到更加符合实际需要，激发行为人的积极性，同时又可以不放弃社会公平的基本观念。

注 释：

- [1] 弗卢默 (Flume):《德国民法总则》，第二卷《法律行为》，第 3 版，1979 年，第 1 页。
- [2] 《基本法》第 1 条和第 2 条。
- [3] 参见《德国民法典》第 305 条：以法律行为发生债务关系或改变债务关系的内容的，除法律另有规定外，必须有当事人双方之间的合同。
- [4] 《德国民法典》第 313 条：以当事人一方负担让与或受让土地所有权为义务的合同，必须作成公证证书。未遵守上述形式订立的合同，在完成让与和登记入土地登记簿册后，其全部内容仍为有效。
- [5] 《德国民法典》第 766 条：为保证合同有效，必须以书面方式表示意思。
- [6] 《德国商法典》第 350 条：对于保证、债务约定或债务承认，以保证对于保证人、债务约定或债务承认对于债务人而言属于商行为范围为限，《德国民法典》第 766 条第 1 句、第 780 条和第 781 条的形式规定不适用。
- [7] 《消费者信贷法》第 4 条规定信贷合同必须具备书面形式，并应载明净信贷额、消费者须偿还的全部分期付款的总额和利息、信贷偿付的方式、信贷的

利率以及所有其他费用、实际年息等等内容；第9条规定买卖行为和信贷行为构成一项联合行为。《消费者信贷法》的中文译文参见《中德经济法研究所年刊》(1993年)第4期(船公译)。

[8] 《基本法》第9条第3款。

[9] 中文译本参见《中德经济法研究所年刊》(1992年)第三期(船公译)。

[10] 《德国民法典》第134条：违反法律上禁令的法律行为无效，但法律另有规定的除外。

[11] 《德国民法典》第138条第1款：违背善良风俗的法律行为无效。

〔赵 敏 译〕